

POSICIONAMENTO DA TEORIA DA JUSTIÇA NA FILOSOFIA DO DIREITO

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Mestre em Direito.

I. INTRODUÇÃO

A Filosofia, como atividade de discussão, reflexão crítica sobre variados fenômenos de conhecimento e da ação humana existentes na vida, sempre existiu desde o aparecimento da espécie humana, ocupando uma função de relevância em todos os estudos sobre as instituições humanas. A palavra Filosofia, segundo as origens do pensamento ocidental, significa amizade ou amor pela sabedoria,¹ razão pela qual os primeiros filósofos da Grécia Antiga optaram por ser chamados amigos da sabedoria (ou filósofos), em vez de sábios. A origem do pensamento filosófico está em um estado de inquietação e de perplexidade, fazendo surgir uma conduta crítica diante da realidade e da vida. Como lembra Miguel Reale, *“Aristóteles dizia que a Filosofia começou com a perplexidade, ou melhor, com a atitude de assombro do homem perante a natureza,*

¹ REALE, MIGUEL. *Noção Preliminar de Filosofia – Sua Finalidade*, p. 5.

*em um crescendo de dúvidas, a começar pelas dificuldades mais aparentes”.*²

A efetiva existência de problemas filosóficos inadiáveis e a indispensabilidade de trazê-los à discussão crítica são motivos justificadores da denominada Filosofia Profissional ou Acadêmica e, como observa EUSÉBIO FERNANDEZ, “todos os homens e todas as mulheres são filósofos”.³

A Filosofia não é um corpo de doutrina, mas sim uma atividade de discussão, reflexão, crítica e “contínua provocação que exige permanente vigilância crítica”⁴. A Filosofia não se contenta com uma resposta ao problema enquanto não seja alcançada “a essência, a razão última de um campo de problemas”,⁵ sendo inerentes a tal conhecimento a captação e a renovação dos problemas universais sobre o cosmos e a vida, buscando solucionar as exigências atuais, baseada nos vigentes e passados problemas ocorridos.

“A principal característica da Filosofia é a reflexão crítica sobre os problemas de conhecimento e da ação humana, em permanente contato com os métodos e resultados das diferentes ciências”.⁶

A Filosofia é conhecida como a ciência dos primeiros princípios, ou seja, ela pretende realizar a conclusão sobre problemas derivados da vida humana e do conhecimento científico, atingindo juízos com os quais se possam legitimar outros juízos integrados em um sistema de compreensão total, com o caráter de universalidade. Daí a precisa lição de MIGUEL REALE, segundo a qual “... quando atingimos uma verdade que nos dá a razão de ser de todo um sistema particular de conhecimento, e verificamos a impossibilidade de reduzir tal verdade a outras verdades mais simples e subordinantes, segundo certa perspectiva, dizemos que atingimos um princípio, ou um pressuposto.”

² *Idem*, p. 6.

³ FERNANDEZ, EUSÉBIO. *Teoria da Justiça e Direitos Humanos*, p. 17.

⁴ *Idem*, p. 18.

⁵ REALE, MIGUEL, *op. cit.*, p. 6.

⁶ FERNANDEZ, EUSÉBIO, *op. cit.*

Nas palavras de S. Korner, lembrado por EUSÉBIO FERNANDEZ, “a reflexão filosófica só cessará quando terminar a reflexão sem adjetivos. Embora argua-se que não existe uma Filosofia perene – nem tampouco um imutável núcleo da verdade filosófica – a Filosofia é perene. Sua vida interna e seu meio ambiente intelectual desafiam o filósofo com uma constelação de problemas em contínua mudança, e nunca o absolve de seu dever de voltar a pensar”.⁷ A mesma conclusão foi alcançada por Miguel Reale, conforme se verifica pela leitura do seguinte trecho: “A Filosofia não existiria se todos os filósofos culminassem em conclusões uniformes, idênticas. A Filosofia é, ao contrário, uma atividade perene do espírito ditada pelo desejo de renovar-se sempre a universalidade de certos problemas, embora, é claro, as diversas situações de lugar e de tempo possam condicionar a formulação diversa de antigas perguntas: o que distingue, porém, a Filosofia é que as perguntas formuladas por Platão ou Aristóteles e Descartes ou Kant não perdem a sua atualidade, visto possuírem um significado universal, que ultrapassa os horizontes do ciclos históricos”.⁸

Válida é a transcrição de trecho das lições de MIGUEL REALE, para demonstrar a correta compreensão da natureza da Filosofia: “Talvez resida no problema dos pressupostos a principal diferença entre Ciência Positiva e Filosofia. Ciência Positiva é construção que parte de um ou de mais pressupostos particulares, enquanto Filosofia é crítica dos pressupostos, sem partir de pressupostos particulares, visto como as “evidências” se põem, não se pressupõem.

Toda ciência depende, portanto, em seu ponto de partida, de certas afirmações, que se aceitam como condição de validade de determinado sistema ou ordem de conhecimentos. E até mesmo quando se pretende abstrair de toda ordem dada, a fim de que a “indagação” ou “pesquisa” possa determinar as verdades de maneira livre e autônoma, ainda assim se pressupõe a validade da pesquisa experimental como produtora ou reveladora de

⁷ FERNANDEZ, EUSÉBIO, *op. cit.*, p. 20.

⁸ *Idem*, p. 8.

“assertivas garantidas” para empregarmos expressões características de John Dewey em sua Lógica”⁹.

Eis aí uma noção geral do que REALE entende por Filosofia, como estudo das condições últimas, dos primeiros princípios que governam a realidade natural e o mundo moral, ou compreensão crítico-sistemática do universo e da vida.

Pode ser considerada ciência, se esta tiver o significado de “sistema de conhecimentos metodicamente adquiridos e integrados em uma unidade coerente”. A distinção entre Filosofia e Ciência surge quando se atribui ao segundo termo um significado estrito como “sistema de conhecimentos metodicamente adquiridos e de validade universal, pela verificação objetiva, inclusive experimental, da certeza de seus dados e resultados”.

Nas precisas palavras de ELIAS DIAZ, “ciência e filosofia são setores diferenciáveis da total atividade de conhecimento humano”,¹⁰ sendo certo que através da razão o homem pretende penetrar, compreender, controlar e transformar essa natureza e essa sociedade em que se encontra imerso. O objetivo da Filosofia é orientado a transcender criticamente o positivo, a conseguir uma superação racional do dado empírico. Contudo, como observa o citado escritor, não é possível o isolamento da Filosofia, devendo esta manter relação com a ciência positiva, objeto de reflexão filosófica. Oportuna as palavras de ELIAS DIAZ: “desde diferentes perspectivas intelectuais, hoje se insiste na necessidade da conexão ciência-filosofia, esta ultrapassando e transcendendo aquela, mas somente depois de haver ultrapassado aquela, depois de tê-la assumido de modo suficiente”.¹¹

Em conclusão, a Filosofia, entendida como “ciência”, tem por objetivo indagar os pressupostos ou condições de possibilidade de todas as ciências particulares, as quais estão sempre sujeitas a novos “testes” e verificações.

⁹ REALE, MIGUEL, *op. cit.*, pp. 11/12.

¹⁰ DIAZ, ELIAS. *Sociologia del Derecho*, Madrid, Taurus, p. 330.

¹¹ DIAZ, ELIAS, *op. cit.*, p. 338.

A investigação filosófica pressupõe pelo menos uma verdade, e é a capacidade sintetizadora do espírito, pelo qual o homem se distingue dos outros animais, aos quais não é dado superar, integrando-os numa unidade conceitual nova e concreta, os elementos particulares e múltiplos da experiência.

Assim, a Filosofia é atividade perene do espírito, realizando a qualidade inerente a toda a Ciência, qual seja, a insatisfação dos resultados e a busca incessante dos mais claros fundamentos, sem outro objetivo que não o meramente especulativo.

Feita esta breve introdução acerca da Filosofia, e de sua finalidade, imperiosa se faz traçar algumas considerações sobre a Filosofia do Direito.

II. A FILOSOFIA DO DIREITO

Desde a época dos pensadores gregos, alguns séculos antes de Cristo, a Filosofia do Direito sempre exerceu uma função relevante nos estudos das instituições humanas. A história da Filosofia do Direito, diferentemente do que ocorre em outros campos do conhecimento, se mostra fundamental para a correta compreensão do estágio atual de evolução da Filosofia do Direito, e tal importância será objeto da abordagem no presente item.

Ao abordar sobre o universo espiritual da “polis”, JEAN PIERRE VERNANT ressalta as três características da cidade grega, a saber: o discurso, a publicização e a igualdade na relação entre as pessoas, ou seja, a cultura grega permite o acesso ao mundo espiritual de um maior número de pessoas que integram a “polis”, alterando toda uma cultura anterior, que era reservada apenas a uma aristocracia guerreira e sacerdotal. A palavra passou a se consubstanciar no debate contraditório, na discussão, na argumentação, na formulação de um discurso, sendo certo que todas as questões de interesse geral eram, assim, submetidas a um debate amplo, cuja conclusão era levada àquele que tinha por função regularizar tal questão. Com a publicidade e o discurso, surge a redação das leis, para garantia da sua permanência e fixação, tornando-se regra comum a todos, norma racional, sujeita

a discussão e modificável, mas constituindo-se em si mesma como verdade.

Assim, o direito grego que, desde os primórdios, se consubstanciava nas decisões proferidas pelos monarcas, sob inspiração divina, em causas particulares, resultou, nesta época, num corpo de estatutos, com a publicação das leis formuladas para reger a vida em grupo. Esse foi um campo fértil para o aparecimento da Filosofia do Direito, diante das mudanças de postura e fundamentação ocorridas, nesse particular. Vale a pena lembrar trecho de uma exortação feita por Demóstenes a um júri ateniense acerca da necessidade de obediência à lei: “Os homens devem obedecer às leis por quatro razões: porque as leis foram prescritas por Deus, porque eram uma tradição ensinada por sábios conhecedores dos antigos e bons hábitos, porque eram deduções de um eterno imutável código moral e porque eram acordos recíprocos efetuados entre os homens comprometidos a respeitá-los em virtude do dever moral de cumprirem suas promessas”.¹²

Os filósofos buscavam, portanto, na época do direito grego, uma base melhor para as leis e preceitos legais nos princípios eternos do Direito, sendo necessária uma teoria da autoridade da lei, que impusesse obrigações racionais aqueles que as promulgavam, as aplicavam e que estavam sujeitos à lei. VERNANT retrata a ambigüidade da Filosofia no seu nascedouro, após descrever o mecanismo existente quanto a relação entre a cidade e o Sábio: “Se a cidade se dirige ao Sábio, quando se sente entregue à desordem e à impureza, se lhe pede a solução de seus males, é precisamente porque ele lhe parece como um ser à parte excepcional, um homem divino que todo seu gênero de vida isola e coloca à margem da comunidade. Reciprocamente, quando o Sábio se dirige à cidade, pela palavra ou pelo escrito, é sempre para transmitir-lhe uma verdade que vem do alto e que, mesmo divulgada, não deixa de pertencer a um outro mundo, estranho à sua vida ordinária”.¹³ Assim, prossegue VERNANT, “a filosofia

¹² POUND, ROSCOE. *Introdução à Filosofia do Direito*, p. 17.

¹³ VERNANT, JEAN-PIERRE. *As origens do pensamento grego*, São Paulo: Bertrand Brasil, 1989, 6ª edição, p. 41.

vai encontrar-se, ao nascer, numa posição ambígua: em seus métodos, em sua inspiração, aparentar-se-á ao mesmo tempo às iniciações dos mistérios e às controvérsias da ágora; flutuará entre o espírito do segredo próprio das seitas e a publicidade do contraditório que caracteriza a atividade política”, sendo que de tal ambigüidade os filósofos gregos nunca conseguiram se libertar.

De acordo com as lições de ROSCOE POUND, “para o problema de controle social da cidade-Estado grega, era também requerida uma base segura de autoridade, assente em algo mais estável do que a vontade humana e o poder dos que governam para imporem sua vontade por algum tempo. A fim de manter a segurança geral das instituições sociais, no seio de uma tempestade de facções conflitantes de uma sociedade organizada na base de parentesco humano e contra a prepotência de indivíduos dominadores, clamando descenderem de deuses; a fim de persuadir e coagir tanto a aristocracia como as massas de baixa extração a manterem de um modo ordenado o *status quo* social, não adiantava dizer-lhes que a lei era um dom de Deus nem que o que ofendeu o aristocrata como peça radical de legislação popular, promulgada a instâncias de um demagogo, tinha, mesmo assim, de ser obedecido, pois assim fora ensinado por sábios conhecedores dos antigos e bons costumes, nem que Demos, latente em algum item da tradição alimentada por uma classe, estava a ela sujeito, como algo sobre o qual todos os cidadãos haviam concordado”.¹⁴ Ou seja, as exigências da ordem social determinaram uma distinção entre Direito e normas de Direito.

Tal distinção fica evidente em Esparta, que, como lembra VERNANT, teve no fator militar o elemento decisivo, sendo que “a filosofia e o pensamento gregos parecem assim não lhe dever nada”, com o fechamento ao intercâmbio estrangeiro, permanecendo fora das correntes intelectuais, esquecendo as letras e as artes. O regime de Esparta, consubstanciado no espírito igualitário de uma reforma, se fundamentou num regime de austeridade, disciplinando pormenorizadamente a vida social e individual dos habitantes, e garantindo um equilíbrio social,

¹⁴ POUND, ROSCOE, *op. cit.*

assentado na unidade do Estado, “ficando cada elemento contido pelos outros nos limites que não deve ultrapassar. É a ordem que regula o poder de todos os indivíduos, que impõe um limite à sua vontade de expansão. A ordem é anterior ao poder, sendo reconhecida a supremacia da lei e da ordem, daí a sua orientação para a guerra.

A aristocracia grega, tentando garantir a sua supremacia, o domínio da riqueza, serviu como um fator de divisão, de dissociação, provocando uma reação do grupo social: a recusa à existência de uma situação anômica e a reestruturação de toda a vida social com vistas a organizá-la de acordo com os sentimentos comunitários e igualitários que permitiram o aparecimento de relações sociais marcadas pela violência, pela astúcia, pela arbitrariedade e pela injustiça. O esforço de renovação, segundo VERNANT, “sempre visa a restringir a “dynamis” dos “gene”, e quer fixar um limite à sua ambição, à sua iniciativa, no seu desejo de poder, submetendo-os a uma regra geral cuja coação se aplique igualmente a todos. Essa norma superior é a “dike” que o mago invoca como um poder divino que o nomóteta promulga em suas leis, e de que pode às vezes inspirar-se o tirano, mesmo se a deturpa, impondo-a pela violência; é ela que deve estabelecer entre os cidadãos um justo equilíbrio a garantir a “eunomia”.¹⁵ Nesta época, Aristóteles tenta demonstrar o caráter natural da “polis”, tratando-a como uma família ampliada.

Embora a discriminação entre o que é justo e certo por natureza e o que é justo por costume ou estatuto tenha tido uma longa e proveitosa história na Filosofia do Direito, e seja ainda uma força nessa questão, a contribuição permanente da Filosofia grega do Direito deve ser considerada na distinção entre Direito e normas de Direito. Ou, como menciona ELIAS DIAZ, “a Filosofia do Direito surge nessa dialética entre “nomos” e physis”, entre leis humanas e leis da natureza, ou, mais propriamente, entre lei e justiça. A lei procede da convenção; a justiça, ao contrário, se

¹⁵ VERNANT, JEAN-PIERRE, *op. cit.*, p. 52.

refere a critérios objetivos superiores a mera convenção humana”.¹⁶

EUSÉBIO FERNANDEZ transcreve a definição contemporânea de Direito, fornecida por Norberto Bobbio, como sendo “conjunto de normas de conduta e de organização, que constituem uma unidade, que tem por conteúdo a regulamentação das relações fundamentais para a convivência e sobrevivência do grupo social, como são as relações familiares, as relações econômicas, as relações superiores de poder (ou relações políticas), além da regulamentação dos modos e formas com os quais o grupo social reage contra a violação das normas de primeiro grau ou institucionalizam a sanção, e que tem por mínimo o impedimento das ações consideradas mais destrutivas do tecido social, a solução dos conflitos que, de não serem resolvidos, ameaçam a subsistência do grupo”. Ou seja, o Direito é o mecanismo de obtenção e manutenção da ordem ou da paz social, e conforme ressalta FERNANDEZ, que existe estreita ligação entre o Direito e a Força, esta como mecanismo de realização do Direito, como o próprio conteúdo das normas jurídicas. Assim, “o poder soberano do Estado expressa o monopólio do uso legítimo da força através do Direito”.¹⁷ FERNANDEZ, ao analisar o Direito, menciona tratar-se de um elemento básico da vida social, incluindo a tripla dimensão de norma, fato social e valor, contando com acentuada dimensão axiológica, ao cumprir suas funções sociais de acordo com determinados critérios valorativos, pretendendo realizar tais valores, dos quais o mais importante é a justiça. Sob tal prisma, “o Direito é sempre realização de uma certa idéia de justiça, como materialização de um certo sistema de valores”.¹⁸

Com efeito, a Ciência do Direito se mostrou inábil e incapaz de fornecer certas explicações relacionadas ao fenômeno jurídico, sendo insuficiente para explicar o conceito, função e finalidade do Direito. Daí porque, conforme leciona FERNANDEZ, “a insuficiência da Ciência Jurídica para dar uma explicação do

¹⁶ DIAZ, ELIAS, *op. cit.*, p. 271.

¹⁷ FERNANDEZ, EUSÉBIO, *op. cit.*, p. 24.

¹⁸ *Idem.*

conceito, da função, e finalidades do Direito, e para compreender os vários problemas que a experiência jurídica mostra, justifica a existência a reflexão filosófica sobre o Direito, que se converte desta maneira na mesma Filosofia dirigida ao Direito”.¹⁹

Como ressalta MIGUEL REALE, “A Filosofia do Direito não é disciplina jurídica, mas é a própria Filosofia enquanto voltada para uma ordem de realidade, que é a “realidade jurídica”. Nem mesmo se pode afirmar que seja Filosofia especial, porque é a Filosofia, na sua totalidade, na medida em que se preocupa com algo que possui valor universal, a experiência histórica e social do direito.

O direito é realidade universal. Onde quer que exista o homem, aí existe o direito como expressão de vida e de convivência. É exatamente por ser o direito fenômeno universal que é ele suscetível de indagação filosófica”.²⁰

Da mesma forma, EUSÉBIO FERNANDEZ, quando preleciona que “a Filosofia do Direito não é uma parte da Ciência Jurídica, embora deva nela apoiar-se, se não um saber metacientífico sobre o Direito”,²¹ preocupando-se com uma reflexão sobre o Direito, elaborada desde o Direito válido e eficaz e com pretensão de converter-se em Direito justo.

Para FERNANDEZ, a Filosofia do Direito é disciplina filosófica que tem por objetivo o estudo do fenômeno jurídico em sua totalidade e em estreita relação com a Ética ou Filosofia Moral.

Oportuna a lição de MIGUEL REALE: “Enquanto que o jurista constrói a sua ciência partindo de certos pressupostos, que são fornecidos pela lei e pelos códigos, o filósofo do direito converte em problema o que para o jurista vale como resposta ou ponto assente e imperativo. O filósofo do direito, ao contrário, converte tais pontos de partida em problemas, perguntando: Por que o juiz deve apoiar-se na lei? Quais as razões lógicas e morais que levam o juiz a não se revoltar contra a lei, e a não criar solução sua para

¹⁹ *Idem*, p. 25.

²⁰ REALE, MIGUEL, *op. cit.*, p. 10.

²¹ FERNANDEZ, EUSÉBIO, *op. cit.*, pp. 25/26.

o caso que está apreciando, uma vez convencido da inutilidade, da inadequação ou da injustiça da lei vigente? Por que a lei obriga? Como obriga? Quais os limites lógicos da obrigatoriedade legal?”

Durante boa parte da história cultural do Ocidente, a legitimidade das leis humanas se fundamentou na existência de uma legalidade superior derivada da própria natureza: o iusnaturalismo, segundo o qual a lei natural é expressão de uma ordem natural ou de uma racionalidade natural, constituindo o verdadeiro fundamento e critério valorativo das leis positivas. Assim, nas palavras de ELIAS DIAZ, “o Direito Natural aparece como razão de legitimação e, inclusive, como pressuposto ontológico do Direito Positivo”.²² A reflexão filosófica sobre o Direito, inicialmente, era baseada no Direito Natural, compreendido como Direito Justo, Justiça.

Na passagem do século XVIII ao XIX surge uma mudança na expressão Direito Natural para “Filosofia do Direito”, para retratar a reflexão especulativa de tradição secular sobre o Direito. Nessa alteração, a Filosofia do Direito se opõe, de pronto, ao iusnaturalismo dos séculos precedentes, mas também exerce superação crítica do positivismo que passou a vigorar durante os séculos XIX e XX.

DIAZ narra toda a evolução das diversas correntes do iusnaturalismo, inclusive com as distinções havidas, mas diferenciando mais objetivamente duas correntes: o iusnaturalismo transcendente, de raiz teológica nas versões derivadas de Santo Agostinho e de São Tomás; o iusnaturalismo racionalista, adotado pela burguesia emergente que, ao conquistar o poder econômico, social e político, e conseguir inserir os preceitos e aspirações de caráter ético em textos constitucionais e legais, abandona o iusnaturalismo, fazendo surgir o positivismo jurídico, que se encontra perfeitamente justificado em si mesmo. Nesse clima positivista, o pouco que resta do iusnaturalismo nos séculos XIX e XX se relaciona com movimentos político-sociais reacionários. Somente mais recentemente, se pretende o ressurgimento do iusnaturalismo, mas em fundamentos filosóficos

²² DIAZ, ELIAS, *op. cit.*, p. 271.

diferentes, em ideais de dignidade humana e na defesa dos direitos naturais do homem.

Savigny vê no Direito uma manifestação dos fatos históricos dos povos em íntima ligação com a totalidade de sua cultura e somente compreensível a partir desta. Assim, para a Escola Histórica, não há Direito em abstrato, e sim somente Direitos produzidos pelos diversos povos como fruto de sua vida histórica. Tal orientação abalou duramente o iusnaturalismo racionalista, abrindo caminho para o nascimento da concepção positivista em torno da noção do Direito como ordenamento concreto, histórico, mutável. Sobre esse conceito e noção do Direito, se constrói a Filosofia do Direito contemporânea, que se afirma e se constitui através de uma dupla polêmica, nas palavras de ELIAS DIAZ: “por um lado, frente ao iusnaturalismo, medieval e racionalista, afirmando-se como reflexão sobre o Direito Histórico, concreto; por outro, também frente ao positivismo, afirmando-se como reflexão que transcende os dados e fatos empíricos através dos quais se expressa o Direito positivo”.²³

A missão da Filosofia do Direito é, portanto, de crítica da experiência jurídica, no sentido de determinar as suas condições transcendentais, ou seja, aquelas condições que servem de fundamento à experiência, tornando-a possível.

III. TEORIA DA JUSTIÇA

Para EUSÉBIO FERNANDEZ, a Filosofia do Direito se subdivide em três campos temáticos, a saber: a Teoria do Direito, a Teoria da Ciência Jurídica e a Teoria da Justiça.

No primeiro campo temático, a Filosofia do Direito procura determinar a noção do Direito, ou o estudo do ser do Direito no mundo, na realidade humana e social, fazendo com que haja necessidade da análise do Direito em relação à Força e o Direito vigente com o poder político.

²³ *Idem*, p. 299.

De acordo com o segundo campo, o da Teoria da Ciência Jurídica, faz-se uma reflexão crítica sobre a Ciência do Direito e sobre a atividade científica própria do Direito, com o estudo da metodologia e dos procedimentos lógicos utilizados na argumentação jurídica e no trabalho de aplicação e realização do Direito.

Já a Teoria da Justiça, ou Axiologia Jurídica, estuda os valores geradores e fundamentadores do Direito e as finalidades que este pretende e deseja alcançar, assim como a análise crítico-valorativa do Direito Positivo e a discussão racional sobre os valores éticos que desejam ver refletidos no Direito para que este seja considerado como Direito justo. Assim, nesse terceiro campo, são verificados não somente os valores do Direito existentes ou vigentes numa sociedade, como também aqueles relativos ao Direito ideal, levando em consideração que o Direito se move dentro da dialética entre o legal e o justo. A Teoria da Justiça estuda não somente como é o Direito, mas como deve ser o Direito, em estreita ligação com a Filosofia Moral ou Ética, a Filosofia Política, a teoria dos direitos humanos fundamentais e os problemas que, no curso da história do pensamento jurídico, têm ocorrido quanto à teoria do Direito Natural.

FERNANDEZ reconhece que a cada momento histórico, em diferentes sociedades e culturas humanas, existem diferentes noções acerca da idéia de justiça, sendo que inúmeras reflexões e interpretações vêm sendo realizadas para explicar tal idéia, acarretando dissenso entre grupos sociais e lutas de poder. Contudo, ressalta o citado autor, *“a discussão racional, a reflexão filosófica e a análise crítica em torno da idéia são possíveis e necessários. Essa é a tarefa fundamental e inescusável da Filosofia do Direito como Teoria da Justiça em autêntica colaboração com as outras partes da Filosofia Prática”*.²⁴ De se notar que Hans Kelsen concluiu que não havia um modelo absoluto de justiça, razão pela qual disse que *“a justiça é um ideal irracional, inacessível ao conhecimento geral”*, sendo tal opinião contrariada por EUSÉBIO FERNANDEZ, que, como visto,

²⁴ FERNANDEZ, EUSÉBIO, *op. cit.*, p.33.

entende ser possível o alcance da idéia de justiça através de um conhecimento racional, não científico. “Discussão, reflexão e análise são atividades totalmente despojadas de posturas dogmáticas e absolutas, são atividades da racionalidade humana, condições prévias da elaboração e fundamentação de um sistema jurídico justo e racionalmente justificável, e prova da confiança no poder de autonomia da razão humana”.²⁵

O irracionalismo, ao afastar a possibilidade de autonomia humana quanto à noção de justiça, pode conduzir a arbitrariedade, ao dogmatismo e ao totalitarismo, conduzindo o Direito para o campo totalmente avesso à justiça, daí a justificativa de FERNANDEZ no sentido da adoção da racionalidade prática como enfoque preponderante da elaboração de uma Teoria da Justiça.

Desse modo, a Filosofia do Direito não pode deixar de tratar racionalmente do tema da justiça, assim como a Teoria da Justiça não pode abdicar da racionalidade prática. A justiça é elemento necessário e essencial ao conceito de Direito.

Critérios mínimos de racionalidade prática correspondem a satisfação de necessidades humanas consideradas como justas, expressas nas noções de segurança pessoal, igualdade moral e jurídica, liberdade igual e bem comum. FERNANDEZ indica o conceito contemporâneo dos direitos humanos fundamentais como representativo do conjunto de necessidades, exigências, direitos e deveres, que podem servir como critérios mínimos de fundamentação dos princípios básicos de uma sociedade e uma ordem jurídica justa.

Após tecer críticas a consideração do Direito Natural como “ontologia jurídica” ou Teoria do Direito, pois a identificação feita entre o “natural”, o “bem” e o “justo” não é válida, além de crescer do atributo da eficácia, FERNANDEZ considera que a perspectiva deontológica do Direito Natural, sua consideração como valor, sua exigência crítica e a dimensão utópica, devem ser mantidos e assumidos pela Filosofia do Direito. Contudo, não

²⁵ *Idem*, p. 36.

deve ser esquecida a fundamental influência do Direito Natural como fundamento e valoração crítica do Direito Positivo. O “iusnaturalismo deontológico” é uma teoria complementar do Positivismo e não sua oposição, e que esta terceira via, abre interessantes perspectivas para a Filosofia do Direito, tendo como exemplo os chamados direitos humanos, como já dito. Existem determinados direitos dotados de validade objetiva, independentemente de seu reconhecimento pelo Direito Positivo, ou seja, certos valores ou princípios de justiça cuja validade se encontra fora do arbítrio do poder político, existem e exercem importante função para a vida em sociedade, dentro de um Estado de Direito legítimo, e não somente legal.

Como lembra ELIAS DIAZ, no final do século XVIII, a Filosofia do Direito polemizou com o velho iusnaturalismo e também com o novo positivismo. O positivismo e o formalismo jurídicos clausuraram o direito em si mesmo, o que não ocorria com o Direito Natural, que impedia o isolamento da norma positiva. O citado escritor menciona que tanto o iusnaturalismo como o atual positivismo jurídico (certos setores) reconhecem a existência de valores superiores ao Direito positivo, entendidos como sistema ou sistemas de legitimidade que servem de base aos diferentes sistemas de legalidade. O positivismo atual não é a mera aceitação daquilo que é imposto; nem do imposto (Direito positivo) por um legislador, nem daquilo que é determinado (moralidade positiva) por um sistema de valores socialmente aceito. Diante de tal constatação, o jurista também pode recusar a aplicação de uma lei por considerá-la injusta. Welzel lembrava, ao criticar a concepção iusnaturalista que a natureza do homem é um conceito tão aberto e maleável que não há nada que não possa ser introduzido nela ou possa depois ser extraído sob forma de argumento. As concepções iusnaturalistas mais progressivas e humanistas têm se caracterizado na história por sua defesa da dignidade da pessoa humana e dos valores mais intimamente ligados a ela, como são a racionalidade e sua liberdade, hoje denominados direitos fundamentais essenciais para os indivíduos. Mas tal característica não é particular dessas concepções, existindo também posturas positivistas nesse sentido.

Dáí a precisa observação de ELIAS DIAZ: “... *amplos setores tanto do positivismo como do iusnaturalismo atual, precisamente os setores mais flexíveis, equilibrados, críticos e progressivos, são conscientes da necessidade de superar... rígidas atitudes exclusivistas, inevitavelmente antagônicas para trabalhar nas zonas de problemas realmente importantes no nosso nível histórico, preparando uma possível síntese futura que supere ditos exclusivismos. A Filosofia do Direito de nosso tempo, assumindo essa progressiva evolução manifestada em ambas as orientações terá, não obstante, que constituir-se nesse sentido como atitude crítica, tanto com relação ao iusnaturalismo como em relação ao positivismo*”.²⁶ E, prossegue o já referido escritor, mencionando que a atual concepção positivista tem condições de chegar ao tema dos valores e uma fundamentação suficientemente objetiva acerca deles, através da crítica dos valores ou Teoria da Justiça que não altera a autonomia científica do Direito Positivo, válido independentemente de juízo de valor (justo ou injusto) que sobre ele recaia, enquanto o iusnaturalismo do nosso tempo, dentro dos propósitos de convergência, está cuidando de relativizar e dinamizar, ao máximo, o seu quadro de valores, tornando-o mais concreto e aplicável.

A Filosofia do Direito, como ensina RADBRUCH, se baseia em parte na natureza do homem e em parte na natureza das coisas, em parte sobre o Direito e em parte sobre a matéria deste.

IV. CONCLUSÃO

De fundamental importância se apresenta o papel da Filosofia do Direito, e mais particularmente o da Teoria da Justiça, para o aperfeiçoamento do Direito, tornando-o cada vez mais justo, aproximando-se do ideal de justiça que deve existir em toda sociedade. A atividade crítica relativamente às normas positivas, bem como a reflexão sobre noções atuais do iusnaturalismo, devem ser estimuladas, com vistas a um avanço de progresso e civilização, além de proporcionarem que os elementos jurídicos

²⁶ DIAZ, ELIAS, *op. cit.*, p. 312.

herdados de sociedades do passado possam transformar-se em instrumento de aperfeiçoamento, manutenção e expansão do mundo civilizado. Nesse campo, relevante é a observação de EUSÉBIO FERNANDEZ, segundo a qual “... marginalizar a razão é condenar à morte a Filosofia do Direito e mais concretamente a Teoria da Justiça”.²⁷

A experiência histórica tem sido fértil na demonstração das diversas concepções acerca do Direito, suas características, qualidades e defeitos, além de haver demonstrado, sem sombra de dúvida, diversas justificativas para o fenômeno jurídico no sentido de manter a ordem e paz social, sendo que em alguns casos para garantir a arbitrariedade, o totalitarismo e a ditadura.

Indubitavelmente nota-se que a “despreocupação” com a Filosofia do Direito sintomaticamente aparece em regimes políticos cujos interesses não se revelam próximos à idéia de justiça, impondo-se textos legislativos que, na verdade, não atendem aos direitos fundamentais dos cidadãos, e, ao contrário, revelam-se violadores de princípios e normas localizadas acima de todo e qualquer texto escrito. O monopólio da Força, por parte dos Estados, não pode ser mecanismo violador de tais direitos imanescentes a todo indivíduo; ao contrário, deve ser exercido apenas, e tão-somente, como meio de proteção de tais direitos.

Relativamente à natureza da Filosofia, oportuna se faz a referência a trecho do texto de ELIAS DIAZ, em que se faz referência a conclusão alcançada por Gustavo Bueno: “*se nos basearmos nas hipóteses precedentes, temos que concluir que a filosofia não é científica – no sentido de que não se origina segundo a racionalidade científico-abstrata – mas isto não significa que a Filosofia não seja racional. Ao declarar não científica a Filosofia, não se trata de deixar uma porta aberta ao irracionalismo na Filosofia. Ao contrário, a racionalismo perspectiva em que estou situado é inteiramente a perspectiva do racionalismo filosófico*”.²⁸

²⁷ FERNANDEZ, EUSÉBIO, *op. cit.*, p. 37.

²⁸ DIAZ, ELIAS, *op. cit.*, p. 347.

Desse modo, no estágio atual do mundo civilizado, constata-se uma sensível necessidade da reflexão crítica sobre o conhecimento humano e tudo que o envolve, incluindo o Direito que, ao se consubstanciar no modo de se regular a vida social, não pode deixar de ser observado criticamente através da Filosofia, com o objetivo de assegurar as finalidades básicas da sua própria existência. A observância dos direitos fundamentais do homem e do cidadão, e todas as garantias imanentes a tais direitos, é regra assente no pensamento filosófico-jurídico, valendo ressaltar a necessidade de permanente e constante aperfeiçoamento, manutenção e garantia das instituições jurídicas, legítimas como mecanismo de atingir os objetivos do Direito como Ciência. E, nesse campo, a Filosofia aparece de forma contudente, ao proporcionar uma constante reflexão crítica sobre os fenômenos jurídicos.

Daí a importância da Filosofia do Direito, e, mais especificamente, da Teoria da Justiça.

BIBLIOGRAFIA

- DIAZ, ELIAS. *Sociologia Y Filosofia del Derecho*, Madrid, Taurus.1977.
- FERNANDEZ, EUSÉBIO. *Teoria de la Justicia Y Derechos Humanos*, Madrid: Editorial Delate, 1991.
- HADBRUCH, GUSTAV. *Filosofia de Direito*, Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974, trad. e pref. Cabral Moncada.
- POUND, ROSCOE. *Introdução à Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965, trad. Álvaro Cabral.
- REALE, MIGUEL. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Editora Saraiva, 1984.
- VERNANT, JEAN-PIERRE. *As origens do pensamento grego*, São Paulo: Bertrand Brasil, 1989, 6ª edição.